

**DECISION N°035/10/ARMP/CRD DU 21 AVRIL 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES
SUR LA SAISINE DE LA CELLULE DE LUTTE CONTRE LA MALNUTRITION (CLM) EN
CONTESTATION DE L'AVIS DEFAVORABLE EMIS PAR LA DCMP SUR LE RAPPORT
D'EVALUATION DES OFFRES RELATIVES AU MARCHÉ D'ACQUISITION DE TROIS
VEHICULES AUTOMOBILES**

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES

:

Vu le Code des obligations de l'administration modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 ;

Vu le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

Vu le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics notamment en ses articles 20 et 21;

Vu la décision n°0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre en date du 27 janvier 2010 du Coordonnateur de la Cellule de Lutte contre la Malnutrition (CLM);

Après avoir entendu le rapport de M. Oumar SARR, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends,

De Messieurs Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques de l'ARMP, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre mémoire en date du 27 janvier 2010, enregistrée le 29 janvier 2010, sous le numéro 052/10, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Coordonnateur de la CLM a saisi, conformément aux dispositions de l'article 139.3 du décret n°2007-545, le Comité de Règlement des Différends en contestation de l'avis défavorable de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) sur le rapport d'analyse comparative des offres relatives au marché d'acquisition de trois véhicules automobiles ;

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS :

Considérant que le CRD a été saisi conformément aux dispositions des articles 139.3 du Code des Marchés publics et 22 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP qui lui donnent compétence pour régler les litiges entre les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics ;

Considérant que la saisine du CRD a pour fondement les dispositions du paragraphe b) de l'article 138 qui subordonne la poursuite de la procédure d'attribution à l'avis de la DCMP sur le rapport d'analyse comparative des offres et sur le procès verbal d'attribution ;

Qu'en ce cas, la saisine du CRD relative à la régularité de la Commission des marchés n'étant enfermée dans aucun délai, il convient de déclarer recevable la CLM en sa saisine ;

LES FAITS :

L'autorité contractante a décidé d'utiliser une partie de ses fonds pour l'acquisition de trois véhicules automobiles.

A l'issue de la procédure d'attribution provisoire, par lettre n°873/PRN/CRN/SEC/2009 du 07 décembre 2009, le responsable du marché a saisi la DCMP pour avis sur le rapport d'analyse comparative des offres et le procès verbal d'attribution provisoire.

Par lettre en date du 07 janvier 2010, la DCMP a émis un avis défavorable sur le rapport soumis à son examen.

Par lettre en date du 27 janvier 2010, la CLM a saisi le CRD en contestation de cet avis.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS :

La CLM reproche à la DCMP d'avoir contesté toute compétence à la commission des marchés qui a ouvert les plis et évalué les offres pour procéder à ces opérations alors que celle-ci a été constituée conformément aux dispositions du manuel de procédure visé par l'Accord de financement et approuvé par le bailleur de fonds.

Elle soutient qu'en vertu de l'article 3 du Code des Marchés publics, « **les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux sont soumis aux dispositions du Code des Marchés publics, sous réserve de l'application des dispositions contraires au présent décret résultant des procédures prévues par lesdits accords ou traités internationaux** »

Qu'enfin, l'Accord a conditionné son entrée en vigueur à la mise à jour du manuel d'exécution (procédures) du projet et à son approbation par la Banque.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP :

Aux termes de la lettre n°002000/DCMP/MEF/52 du 07 janvier 2010, la DCMP a émis un avis défavorable sur le rapport d'analyse comparative des offres et sur le procès verbal d'attribution qui lui ont été communiqués aux motifs que :

- d'une part, la mise à jour du manuel de procédure produit par la CLM remonte à mai 2007, donc avant la mise en œuvre du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics qui, en son article 35 et suivants, régit la composition et le fonctionnement des commissions des marchés publics ; que donc pour être opérationnel, le manuel doit être révisé et être adapté aux dispositions dudit code ;
- d'autre part, l'accord de crédit invoqué par le PNR et dont la production a été demandée par la DCMP n'a pas été communiquée.

SUR L'OBJET DU LITIGE :

Il ressort des faits, motifs et moyens présentés par les parties que le litige porte sur la régularité de la commission des marchés et, en conséquence, celle des actes qu'elle a accomplis.

AU FOND :

Considérant qu'aux termes de l'article 35 du Code des Marchés publics dont l'application est recherchée par la DCMP, il est constitué auprès de chaque autorité contractante une commission des marchés chargée de l'ouverture des plis, de l'évaluation des offres et de l'attribution provisoire des marchés ; que les membres de la commission sont nommés pour une année ; que la commission des marchés qui a ouvert les plis et évalué les offres n'est pas conforme à ces dispositions ;

Considérant que le CLM invoque les dispositions de l'article 3 qui prescrivent que les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux sont soumis aux dispositions du Code des Marchés publics, sous réserve de l'application de dispositions contraires audit code résultant des procédures prévues par lesdits accords ou traités internationaux ;

Considérant qu'il est constant que le 22 mars 2002, l'Etat du Sénégal, appelé bénéficiaire, et l'Association Internationale de Développement (IDA), dénommée Association, ont conclu un accord de Crédit de Développement d'un montant égal à la contre-valeur de 11,8 millions de Droits de Tirage Spéciaux (DTS) en appui à la première phase du Programme d'amélioration des conditions nutritionnelles des populations vulnérables au Sénégal (Le Premier Crédit) ;

Que le 05 décembre 2005, en appui à la deuxième phase du programme, intitulée Programme de Renforcement de la Nutrition, les parties ont convenu d'un second accord de crédit d'un montant de 10 000 000 DTS ;

Que dudit accord, en contrepartie du crédit alloué, il résultait pour le Sénégal les obligations particulières suivantes :

1. faire exécuter le projet par la Cellule de Lutte contre la Malnutrition, unité de coordination multisectorielle rattachée au Cabinet du Premier Ministre et composée entre autres, de représentants du Ministère de l'Economie et des Finances (MEF), du Ministère de la Santé et de la Prévention (MSPM) et du Ministère de l'Education (MINED) (Art. III.3.01) ;
2. veiller à ce que le projet soit exécuté conformément aux prescriptions de l'Annexe 2 audit accord (Art.III.3.02) ;
3. mettre à jour le Manuel d'exécution du projet dont le contenu et le format sont jugés satisfaisants par l'IDA [une des conditions supplémentaires d'entrée en vigueur de l'accord (Art. V 5.01)] ;
4. maintenir le manuel de mise en œuvre du projet (MMOP) au cours de l'exécution du projet et prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer que le projet sera exécuté en conformité avec le MMOP qui ne fera l'objet ni de modification, ni d'abrogation, ni d'abandon sans l'avis de l'IDA (Annexe 2 Section 1.A.1) ;
5. maintenir le Bureau national exécutif (BEN, bureau exécutif du CLM ayant pour responsabilité la gestion de toutes les activités au titre du projet) dans sa composition et avec mandat et ressources jugées satisfaisantes par le bailleur (Annexe 2, Section 1.B.2) ;
6. veiller à ce que le BEN :
 - agisse en tant secrétariat de la CLM et ait la responsabilité des activités au jour le jour ;
 - coordonne et consolide les budgets et plans de travail annuels ;
 - supervise la gestion financière et la passation des marchés etc.(Annexe 2.B.2) ;

Considérant qu'en exécution de ces engagements, en particulier celui relatif à la supervision de la passation des marchés financés sur les fonds alloués, le BEN, qui a été établi par Arrêté n°010062/PM/Cab/DC du 26 décembre 2001 du Premier Ministre, a été maintenu à l'occasion de la mise à jour du MMOP ;

Que le manuel d'exécution du projet a été révisé par la partie sénégalaise et a reçu l'avis de non objection par l'IDA, comme en atteste le courrier électronique en date du 20 décembre 2006, émanant de l'IDA ;

Considérant qu'il ressort dudit manuel, qu'en ce qui concerne les marchés passés par appel d'offres national (AON) comme c'est le cas en l'espèce, pour l'ouverture des offres et l'évaluation, le CRN désigne une commission au sein du BEN qui sera composée du Responsable administratif et logistique (RAL), du Gestionnaire logisticien (GEL) et de toute personne (interne ou externe) dont la compétence est requise ; qu'à l'issue des travaux d'évaluation, la commission établit un rapport détaillé sur l'évaluation et la comparaison des offres en indiquant les éléments sur lesquels elle s'est fondée pour recommander l'attribution du marché ;

Que l'avis de non objection du bailleur, auquel le rapport d'évaluation est envoyé, est reçu par le CNR qui le transmet au RAL pour notification au fournisseur ou entrepreneur attributaire du marché ;

Considérant qu'il résulte des développements qui précèdent que les parties ont décidé de soumettre la passation des marchés financés sur les fonds alloués à une procédure particulière ;

Que cette procédure particulière, bien que mise en place avant l'entrée en vigueur du Code des Marchés publics, s'insère bien dans les prévisions de l'article 27, alinéa 2, du Code des Marchés publics qui dispose que « **L'autorité contractante** (dans le cas d'espèce le Premier Ministre) **peut désigner d'autres personnes** (en l'occurrence le BEN dirigé par le Coordonnateur national) **responsables des marchés en précisant les catégories et les montants des marchés** (marchés financés dans le cadre du projet) **pour lesquels celles-ci disposent des compétences de personnes responsables de marchés** » ;

Que la désignation du BEN, le 26 décembre 2001, par Arrêté n°010062/PM/Cab/DC du Premier Ministre, et son maintien conformément aux dispositions de l'Accord en date du 05 décembre 2005, qui peut s'analyser comme une dérogation aux dispositions de l'article 35 citée plus haut, entre bien dans les prévisions de l'article 27 précité, dès lors que le Premier Ministre, personne responsable des marchés relevant de son département, a désigné les membres du BEN, dont le Coordonnateur national qui, aux termes des prescriptions au point A.3.6 du manuel d'exécution, désigne une commission au sein du BEN pour procéder à l'ouverture et à l'évaluation des offres ; que cette commission sera composée du Responsable administratif, logistique et passation des marchés (RAL), du GEL et de toute personne interne ou externe dont la compétence est requise ;

Considérant qu'il résulte des développements qui précèdent que les parties ont entendu soumettre la passation des marchés financés sur le projet à une procédure particulière qui n'est ni la loi nationale ni celle d'un tiers ;

Que pour être conforme à l'accord et concilier les obligations qui en résultent avec les impératifs des dispositions de l'article 36.4 du Code des Marchés en ce qui concerne la périodicité de la commission des marchés, il appartient à l'autorité contractante, en l'occurrence, le Premier Ministre, de renouveler chaque année la décision de désignation des membres du BEN ;

Qu'à cet égard, sans qu'il soit nécessaire d'annuler la procédure en raison même de l'impact négatif de cette annulation sur l'exécution de l'accord, il convient d'inviter l'autorité contractante à renouveler annuellement la désignation des membres du BEN ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la Cellule de Lutte contre la Malnutrition en sa saisine ;
- 2) Dit qu'en vertu des stipulations de l'Accord de financement en date du 05 décembre 2007 et en application des dispositions de l'article 3.1 du Code des Marchés publics, la Commission des marchés, instituée conformément au MMOP et désignée par

arrêté du Premier Ministre, autorité contractante, est compétente pour procéder aux opérations d'ouverture des plis et d'évaluation des offres ;

- 3) Dit que cependant, conformément aux dispositions de l'article 36.4 du Code des Marchés publics, la décision de maintien du BEN tel que stipulé par l'accord de financement doit, chaque année, faire l'objet de renouvellement par l'autorité contractante ; à cet égard,
- 4) Ordonne à l'autorité contractante de se conformer à cette exigence pour la suite du projet ;
- 5) Autorise la continuation de la procédure ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à la CLM et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP